

非財産権上の訴訟における許可上告

片 野 三 郎

一 はじめに

二 連邦通常裁判所および連邦憲法裁判所の判例

三 研究

一 はじめに

ドイツ民法（以下ZPOと略す）五四六条は、一定の金額以下の財産権上の訴訟^①と非財産権上の訴訟における上告については、高等裁判所の許可を要求し、他方一定の金額を越える財産権上の訴訟については、高等裁判所の許可を要しない上告を認めている^②。そこで、非財産権上の訴訟においても財産権上の訴訟に劣らず重要な事件が存在するにもかかわらず、高等裁判所の許可がなければ上告ができないのは、財産権上の訴訟では一定金額を越えれば上告可能であることと比べ、憲法上の平等原則に違反するのではないかとの問題が生ずる。

また、ドイツの許可上告制においては、高等裁判所の裁判について高等裁判所自身が上告許可・不許可の裁判を行うこととされている。この場合、高等裁判所は「自己の事件」の裁判をすることになり、法治国家原則あるいはGG一〇

一条一項二文の法律上の裁判官の規定に違反することになるのではないかとの疑問が提出される。以下にみる四つの判例は、右の二つの問題に関するものである。

注(1) 一九五〇年からは六〇〇〇DM、一九六四年からは一五〇〇〇DM、一九六九年からは二五〇〇〇DM、一九七五年からは四〇〇〇〇DM、一九九一年からは六〇〇〇〇DMである。

(2) 一九七五年の民事上告法改正法律以降は、受理上告制が導入されたため、上訴奏功の見込みがある場合と原則的重要性等が認められる場合に、上告は受理されることとなった。

二 連邦通常裁判所および連邦憲法裁判所の判例

① 連邦通常裁判所(第四部) 一九五二年七月七日決定 [NJW 1952, 1177]

【事実の概要】 不明

【決定要旨】 上告はZPO五四六条一項、五五四a条により不適法として却下する。当部は確立している判例であるOGHRZの見解(OGHZL 117 = NJW 47/48, 421)に従い、婚姻事件における上告は控訴審によって許可された場合のみ許可されると解する。理由に関しては、特にBeschluB v. 17. 11. 1950, NJW 50, 945, およびBeschluB v. 7. 1. 1952—IV ZR 187/51—を引用する。当部は新たな審査後もこれらの判例を維持する。

当該上告は次のように主張する。上告が個人の権利保護に比べ法の統一および法の発展に役立つべく定められているとき、その適法性を控訴審の裁量に係らしめることはできない。なぜなら、このような規律は、はなはだしい法的不確実を生ぜしめるからである。上告が許可される場合の多くはEheG四八条の場合であるので、上告審は自己の見解を単にこの規定に関してだけ表明しうることになる。しかしながら、上告審の見解の表明は他の規定、例えばEheG四

三条や四九条の解釈にも及ばされるべきである。上告審が Ehe G のこれらの他の規定に関して「自由を奪われている (die Hande gebunden sind)」とき、司法は婚姻および家族を特別に保護するという使命に応じることができなくなる。上告の不許は既に戦前から控訴審の個々の部の中においてさえも奇怪な判例の相違をもたらしただけであり、したがってかかる上告許可制度はヴァイール憲法一〇九条、現行基本法三条に違反している、と。

判例において適用されている平等原則は、同一の事実関係は客観的に同一の裁判がなされねばならないことを意味していないということを、上告理由の後半部分の見解は誤解している。そのような要求は、実現不可能である。また、それは基本法において新たに認められた裁判官の独立 (GG 九七条一項) と一致していない。GG 三条一項の原則、「全ての人間は法の前に平等である」ということは、単に同一の場合 (gleichliegende Fälle) に関する裁判については同一の法律上の要件が与えられねばならないということの意味するにすぎない。立法者が財産権上の訴訟における適法性を一定の不服金額に係らしめ、これに対して非財産権上の訴訟における上告の適法性を控訴審の許可に係らしめることは、Beschl. v. 7.1.1962 における理由⁽³⁾から明らかのように、右解釈と矛盾するものではない。その他の上告理由の主張は、本質的に、現行の規定が合目的であるかに関するものであり、裁判所が事後審査すべきものではない。

② 連邦通常裁判所 (第四部) 一九六五年七月二日決定 [NJW 1965, 1965]⁽⁴⁾

【事実の概要】 不明

【決定要旨】 I. ZPO 五四六条によれば、非財産権上の訴訟における上告は高等裁判所が判決において上告を許可した場合にのみ許される。高等裁判所は、単に訴訟事件が原則的意義を有している場合にだけ、上告を許可することができる。これに対して、高等裁判所が連邦裁判所の裁判と相違する場合には、常に上告を許可しなければならない。この規定は基本法に違反していない。

上告人は次のように主張している。上告の許容性を裁判する権限を単に控訴審に付与するZPO五四六条は、ZPO四一条一号および六号に違反している。なぜなら、裁判官は、まず第一に本案についての裁判を行い、つづいて上告の許可について裁判する。これによって彼は、彼が既に本案判決を下したものと同一の訴訟事件において、その原則的意義を否定することによって、もう一度裁判を行い、そして、「自己の」事件を裁判している、とする。このような見解は誤りである。ZPO五四六条と四一条はともに同一の法律の規範である。それらは同一の順位を有しているのであり、仮に一つの規範が他の規範と一致しない場合であっても、法令違背でもないし、基本法に対する違反でもない。単に、一つの規範においてたてられた原則が一定の領域において破られることが、問題となっているにすぎない。

実際、ZPO五四六条は四一条六号に表現されている原則と矛盾していない。なぜなら、控訴審裁判官はまず本案について裁判し、つづいてもう一度新しい審級において上告の許可について裁判するわけではないからである。彼は同一の審級において同一の判決において本案と上告許可について統一的に裁判する。その際、彼の確信に基づき事件の裁判のための基準となった法的考慮が、主張されている請求および上告許可に関する裁判の基礎となることは当然である。被告の主張にかかわらず、上告許可について裁判する裁判官は、もう一度自己自身を審理し、自己の裁判を確定させ、自己の見解を正当であり拘束力あるものと宣言することによって、自己の事件において裁判しているとの見解も正当ではない。上告不許の裁判において、裁判官は自己の法的見解を再審理しているのではなく、訴訟が個々の事件を越える原則的意義を有しているか否かの問題、さらに自己の裁判が連邦通常裁判所の裁判と相違するか否かの問題を再審理しているのである。

法律上の規定は基本法にも違反しない。連邦検事総長は、同一の法律問題が裁判されるべき、IV ZR 31/65の事件において一九六五年七月六日見解を表明し、ZPO五四六条の規定は法治国家原則に違反し、これによって関係人が法律上の裁判官を奪われ、あるいは法的審問権が侵害されると解するためのなんらの手掛かりも存在しないと述べている。

彼の見解は次のようなものである。

「法治国家原則は全ての領域において法的手続が審級を有すること、特に常に上告が認められねばならないことを命じるものではない (BVerfGE 4, 74, 9f. = NJW 55, 17; BVerfGE 8, 174, 181 = NJW 58, 2011)°。一つの裁判所による法的手続が認められるか、あるいは裁判所の審級による法的手続が認められるか、あるいは同一の事件を種類の法的観点に基づく管轄に対応した制限的範囲のみを裁判対象とする、種類の裁判所による法的手続が認められるかは、むしろ法政策の問題であり、それ故立法者によって決定されるべきである (BVerfGE 8, 174, 181 = NJW 58, 2011)°。

また、ZPO 五四六条によって要求されている控訴審の裁判は、自己の事件における裁判に控訴審が関与することと等しく、それ故これはZPO 四一条—おそらく四一条六号が意味されている—により不適法であり、GG 一〇一条一項二文に違反しているとはいえない。ZPO 五四六条による上告許可に関する裁判の法律上の裁判官は控訴審である。当該事件のように、控訴審が上告を許可しなかった場合も、控訴審は訴えに関する終局的裁判のための法律上の裁判官である。ただし、法律が上訴の適法性を許可に関する控訴審の拘束力ある裁判に係らしめている場合、上告審は、控訴審によるそのような許可の裁判が存在する場合にだけ、法律上の裁判官となる。法律上の裁判官は必ずしも法律によって直接決定される必要はなく、むしろ立法者は、その決定を他の、法律上権限のある裁判官の手に委ねることが可能である (例えば、BSG in NJW 57, 1007 = AP Nr. 1 zu Art. 101 GG を参照)。

上告不許に関する控訴審の裁判も原告の審問請求権を侵害しない。法律上の審問請求権は、訴訟関係人に対して彼が意見を表明しえなかった事実や証拠方法が用いられないことを要求する (vgl. BVerfG, NJW 57, 17; 58, 665; 59, 29 Nr. 1124, 1315; 60, 31 u. a.)°。しかしながら、特に弁護士訴訟では、裁判所が訴訟関係人に明らかな法状況を指摘し、それに対する意見表明を促さねばならないとは考えられていない。むしろ、裁判所は訴訟関係人に、控訴審の口頭弁論において—できれば用意周到に、しかし自発的に—上告許可の問題に対して意見を表明することを委ねている」と。

かかる見解に当部も完全に同意する。当部はそれになにも付け加える必要がない。

II. 高等裁判所の判決における上告不許に対する抗告は棄却されねばならない。けだし、そのような抗告はZPOに規定されていないからである。この法律が当事者に認めている上訴だけが当事者に許される。それ故控訴審が上告を許可しない場合、この裁判は上告審を拘束し、控訴審の裁判が誤りである場合であっても、上告審は自ら上告を許可することはできない (BGHZ 2, 16 = NJW 52, 143, LM Nr. 16 zu § 546 ZPO und NJW 59, 2262 = LM Nr. 38 zu § 546 ZPO)。

③ 連邦通常裁判所 (第二部) 一九六五年一月一日判決 [ZZP 80, 125; NJW 1966, 352]

【事実の概要】 不明

【判決要旨】 上告は不適法である。

社団による除名の無効の確認を求める訴えは、当該社員が訴えでもって主に経済的目的を追求している場合、財産権上の訴訟である (BGHZ 13, 6)。除名無効確認の訴えがもっぱら人格的領域に存する場合、かかる訴えは非財産権上の訴訟である。本件の場合においていずれが優位であるかは、考慮しないでよい。

ZPO 五四六条一項によれば、高等裁判所が上告を判決において許可した場合、もしくは財産権上の訴訟においては不服対象額が一五〇〇〇DMを越える場合にだけ、上告が許される。

控訴審は上告を許可していないし、被告の不服は一五〇〇〇DM以下である。にもかかわらず、本上告は、ZPO 五四六条一項は憲法違反であるので、上訴は適法であると主張する。かかる主張には従うことができない。

1. 本上告は、ZPO 五四六条一項は基本法に基づく人権の評価を考慮していないと主張する。すなわち、基本法は人間の尊厳を価値評価の頂点に位置づけ、人格の自由な発展のために所有権を単に実質的基礎の観点のもとにおいてのみ保護しているが、他方ZPO 五四六条一項は財産権上の問題を非財産権上の訴訟より優位に格付けしている。それ故、

非財産権上の訴訟や、人格権がともに関わっている財産権上の訴訟が訴額が一五〇〇〇DMまでのものについて、上告が単に高等裁判所の許可のある場合にだけ認められることは、法治国家原則に矛盾しているという。

このような観点は正当でない。法治国家原則は、財産権上の訴訟における上告よりも、むしろ専ら人格の領域に関する事件、特に人格の領域に関する事件、または人格の領域にも関係している事件における上告を許可すべきことを要求してはいない。二審制による裁判上の保護を与えられるべきか、あるいは三審制による保護を与えられるべきかは、法政策上の問題である (vgl. BVerfGE 8, 174 [181])。基本法が人間の尊厳に優位を与えていることは、審級の法律上の規律にとって意義を有するものではない。

2. さらに、本上告は、上告が許可されるべきか否かの裁判を高等裁判所に任せることは法治国家原則およびGG 一条一項二文の法律上の裁判官の保障に違反すると主張する。

これもまた正当でない。

(a) 本上告は、自己の見解を、上告許可の裁判の権限が高等裁判所に付与されることにより高等裁判所は自己の事件の裁判官になるということによって、理由づけしている。しかし、許可の裁判は、控訴審判決が正当であるか否かについて裁判するものではなく、控訴審判決が即時に確定すべきか、あるいは不服申立が許されるかについて裁判するものである。かかる判断を行うについて、高等裁判所は決して自由ではない。高等裁判所は、訴訟事件が原則的重要性を有する場合にのみ上告を許可することができるし、また高等裁判所が連邦通常裁判所の裁判と相違する場合には上告を許可しなければならない (ZPO 五四六条二項二文)。

控訴審が上告を許可しない場合、非財産権上の訴訟および敗訴当事者の不服が一五〇〇〇DMまでの財産権上の訴訟においては高等裁判所の判決に対して不服申立をすることはできないとの、法律上の規律によることになる。これに対して、控訴審が上告を許可した場合、控訴審の判決は連邦通常裁判所によって事後審査されうる可能性が開かれること

になる。高等裁判所の判決が原則に従い終局的なものであるか、または一定の要件のもとで例外的に上告に服するべきかの裁判は、高等裁判所自身が発令した判決の自己自身による再審査に導くものではないし、控訴審を自己の事件の裁判官にするものでもない。確かに、この裁判はそれ自体終局的である。なぜなら、この裁判に対して上訴は認められないからである。しかし、法治国家原則は、あらゆる裁判に対して上訴が認められねばならないことを要求していない。

(b) また、高等裁判所へ許可の裁判を付託することは、当事者から法律上の裁判官を奪うものではない。管轄規定がないので、許可の裁判にとって法律上の裁判官は存在しない。ただし、かかる裁判が単に上告審のみによってなされることは、事柄の本質ではない。立法者は、かかる裁判を高等裁判所もしくは連邦通常裁判所のいずれに付託するか自由であり、立法者は前者に決定したのである。そのことは受け入れられるべきである。

3. さらに、ZPO五四六条一項は、当該上告の主張にかかわらず、法律上の審問請求権を侵害するものではない。当該上告は自らの立場を次のように理由づけている。すなわち、上告許可の裁判は事件についての裁判の後に下されるし、実際は事件について下される。事件についての裁判は、上告許可の裁判をする際に利用される一つの事実である。この事実に対して当事者は立場を表明することはできない。なぜなら、控訴審判決は上告許可の裁判の前に当事者に知られないからであるとする。

許可の裁判は単に判決の一部である。許可の裁判は口頭弁論を前提としている。当事者は書面または口頭により上告許可を提案する可能性を有している。それ故、法律が当事者に上告許可の問題について不当に法律上の審問を与えていないということはできない。控訴審によっても法律上の審問が与えられていないということはない。なぜなら、被告は、不服に係る判決によれば、上告許可を提案しているからである。

結局、ZPO五四六条一項の規定は、憲法に違反するものではない。

当部の見解は、一九六五年七月一二日の連邦通常裁判所IV民事部の決定およびそこで報告されている連邦検事総長の

見解と一致するものである。

④ 連邦憲法裁判所（第一部）一九六五年十二月八日決定 [BVerfGE 19, 323]

【事実の概要】 原手続の原告は、一九五六年七月一日、——当時原告は（西ベルリン）に居住していた——非嫡出子として娘アンゲリカを生んだ。この子は、官庁後見人（テムベルホフ少年保護所）の同意のもとに、一九五七年以降異議申立人のもとにあった。異議申立人は一九五九年に父子関係を認知した。一九五九年の夏、原告は最初ベルリンの他の地区に移住し、そして次にソビエト地区に移住し、そこで結婚した。その後すぐに原告は子供を引き取りたいと考えた。そのことは既に結婚前から少年保護所に原告から通知されていた。少年保護所はこれを拒絶し、一九五九年に後見裁判所としてのテムベルホフ・クロイツベルク区裁判所に、BGB 一六六条一項により、母親から滞在決定権（Aufenthaltungsbestimmungsrecht）を剝奪することを申し立てた。区裁判所は一九六二年二月九日の決定により、申立を認容した。母親の抗告に基づき、ベルリン地方裁判所は区裁判所の決定を取り消した。子の再抗告は、ベルリン高等裁判所の一九六三年一月三日の決定により、理由がないとして棄却された。

それにもかかわらず、子は母親に引き渡されなかったので、原告が異議申立人およびベルリン市に対して子の引渡を求める訴えを提起したところ、ベルリン地方裁判所はこれを認容した。

これに対して提起された控訴をベルリン高等裁判所は棄却し、また上告を許可しなかった。その理由は次のようなものであった。すなわち、裁判は連邦通常裁判所の裁判と抵触していないし、訴訟事件（Rechtsache）は原則的重要性を有しない。なぜなら、当該事件のような場合、争訟裁判権の裁判所が後見裁判所の裁判に拘束されることは、従前からドイツの裁判所の判例であるからである。原告の滞在するラントの官庁により長年適用されていた隔離処分は、その本質により、この承認されている原則を再審査する契機を与えるものではないとする。

異議申立人およびベルリン市により提起されたこの裁判に対する上告、および上告不許に対して予備的に提起された抗告は、連邦通常裁判所の裁判によって不適法として却下された。理由として次のように述べられていた。ZPO五四六条は基本法に違反していない。法治国家原則は、常に上告が許容されることを命じていない。法律上の裁判官を求める権利(GG一〇一条一項二文)および法律上の審問を受ける権利(GG一〇三条一項)もまたZPO五四六条によって侵害されていない。上告審は、控訴審の裁判が誤りであるときでも、自分の側で上告を許可することはできない、と。

憲法異議の申立はこの裁判に対して直接向けられており、間接的にZPO五四六条一項および二項一文に向けられている。憲法異議はGG一条、二条、三条、六条、一条、一六条、一九条四項、一〇一条一項二文、一〇三条一項の侵害を責問している。異議申立人は次のように主張している。ZPO五四六条一項および二項一文が青少年の人生の運命に関する当該事件のような非財産権上の訴訟における上告を控訴審の裁量的裁判に依存せしめ、他方財産権上の訴訟においては不服対象額の一定の価格により上告を常に適法としていることは、法治国家原則およびGG一条ならびに三条に基づく基本権に矛盾している。不服に係る連邦通常裁判所の裁判もまた法治国家原則に違背している。なぜなら、ベルリン高等裁判所は、ZPO五四六条二項により上告を許可する義務があるにもかかわらず、上告を許可しなかったからである。この規定が合憲的に適用される場合、連邦通常裁判所は右裁判の事後審査を行い、連邦通常裁判所の側で上告を許可しなければならなかったはずである。連邦通常裁判所がこれを拒絶したことにより、連邦通常裁判所は異議申立人から法律上の裁判官を奪ったことになる。子の引渡を異議申立人に命じるベルリン地方裁判所の裁判およびベルリン高等裁判所の裁判も憲法違反である。なぜなら、強制的にソビエト地区に連れていかれる子供は、そこにおける支配的なシステムにより彼の全ての基本権をほぼ完全に喪失することになるからである、と。

憲法抗告は却下された。

【決定要旨】 連邦憲法裁判所が憲法異議の手続において、「ベルリン事件」の上級連邦裁判所(Oberes Bundesgericht)

の判決に対する手続法上の責問を審査する権限を有するか否かの問題は、未定のままにしておくことができる。なぜなら、連邦通常裁判所の手続に関して憲法異議に提出された責問は、明らかに理由がないからである (vgl. BVerfGE 10, 229 [232f.])。

1. (a) ZPO 五四六条一項によれば、非財産権上の訴訟および財産権上の訴訟において控訴審たる高等裁判所により発令された判決に対する上告は、控訴審が上告を許可した場合に、認められる。ZPO 五四六条二項一文によれば、控訴審は、事件が原則的重要性を有する場合にのみ、上告を許可することができる。ZPO 五四六条二項二文によれば、控訴審は、控訴審が連邦通常裁判所の裁判と相違する場合、常に上告を許可しなければならない。そのような許可がない場合であっても、財産権上の訴訟においては、上告金額に達している場合、上告が認められる。

この規定はGG三条一項に違反していない。財産権上の訴訟と非財産権上の訴訟の間の差異については、実質的な説得力のある理由が認められる。それらの理由は、GG三条一項に関する連邦憲法裁判所の判例により、憲法違反を否定するのに十分であるとされている (確立した判例である。vgl. BVerfGE 9, 201 [206]; 12, 341 [348]; 18, 38 [46]; 18, 121 [124])。

ZPOの元々の規定によれば、非財産権上の訴訟において、控訴審としての高等裁判所の判決に対する上告は無制限に適法であったが、それはライヒ裁判所の著しい負担過重をもたらした。それ故、上告審がそれ自身の使命、すなわち法統一の維持と法の形成に奉仕することを考慮すべきであるとき、制限は当然であると思われる (vgl. BGHZ 22, 16 [17 ff.])。財産権上の訴訟において、上告手続の数が相当な上告金額の設定により節度が守られうる一方、非財産権上の訴訟のために同種の規定を設けることはその特性により考慮されない。他の方法で類型化された、そして客観的メルクマールだけによる上告の許与も、非財産権上の訴訟においては当該訴訟の多様性により一特別の場合 (例えば、ZPO 五四六条一項) を除き—ほとんど考えることができない。それ故、立法者は、適当な上告数を達成するために、裁判官によ

る上告の許可の方法を選ぶことが可能であったのである。

その際、種種の場合における非財産権上の訴訟について無制限に上告を許与することにより訴訟の著しい遅延がもたらされるであろうこと、そしてそれは非財産権上の訴訟において正しく甘受しえないことも重要であるといえよう。手続の長期の継続による不利益、特に子供の今後の運命の不確実、重要な裁判の困難、例えば、通学および教育に関するものなど、それから引き起こされうる幼児の福祉の危険等が、個々の事件における誤った裁判を防止することについての当事者や関係人の利益よりも、重視されている。

それ故、ZPO五四六条がGG三条一項に適合するとき、前記理由により、GG一条に対する違背も理由がない。

(b) さらに、不服に係る法規は法治国家原則とも一致している。なぜなら、この規定はすべての分野における法手続が審級制、特に上告が与えられることを命じるものではないからである (vgl. BVerfGE 74 [94f.]; 8. 174 [181f.])。立法者が法治国家原則に違反することなく上告を完全に拒むことが可能であるならば、上告の許可を控訴審または上告審の裁量とすることもできるはずである。立法者が、控訴審は訴訟を即座に見通すことができるので最も早く当該訴訟の意義を判断することが可能であるとの理由から、控訴審による許可を決定した場合 (vgl. BGHZ 16 [18f.])、このことは憲法上問題とされない。

控訴審が上告を許可しない場合、控訴審の判決に対して民事訴訟法上上訴が認められていないが、そのことから疑念は生じない。仮に立法者がそのような裁判に対して上訴を認める場合、上告制限の目的はそれによって広範囲にわたって効果を失うことになるであろう。なぜなら、上告審はZPO五四六条二項による裁判の事後審査をすることにより、しばしば事件を詳細に取り扱わねばならないからである。

(c) 略

2. 連邦通常裁判所はZPO五四六条一項の解釈においてもGG一〇一条一項二文に違反しているとの責問も、明らか

かに理由がない。ZPOの規定によれば、上告許可は上訴による不服申立が許されない控訴審の裁判によっているので、控訴審が上告を許可しない場合、連邦通常裁判所は上告に関する裁判の法律上の裁判官ではないし、上告不許抗告に関する裁判の法律上の裁判官でもない。連邦通常裁判所は一定の要件のもとで控訴審による上告許可の合法性について裁判する権限を保持しているとの異議も申し立てることはできない。なぜなら、このような手続は、かかる審理をしないことによりZPO五四六条が追求する目的、すなわち、上告審の負担軽減を一部効果を失わせることになるからである。

II. および III. 略

注(3) 引用された *Beschl. v. 7. I. 1952—IV ZR 187/51* は掲載判例集が不明である。他の引用決定である *Beschl. v. 17.*

II. 1950, [NJW50, 945] は *ZPO五四七条一項二号* は非財産権上の訴訟に適用がないことを判示するものであるが、*「ZPO五四七条一項二号から、非財産権上の訴訟における上告の適法性が特別の許可に係っていないとの解釈を引き出すことは、全体の利益を著しく危険にさらすことになる」*、そして *「今日なおかなりの婚姻事件が裁判所に係属しているが、このことは、連邦通常裁判所がその使命達成のために個々の事件を越える意義を有する法律問題を含んでいるため、控訴審の判決において連邦通常裁判所への上告が認められている訴訟にだけたずさわることを要求している」*と述べている。

(4) ④の連邦憲法裁判所の原手続の決定である。

三 研究

(1) 婚姻事件における許可上告

第一次世界対戦とその後の時代は経済・社会的動揺の時代であったが、特に婚姻事件において顕著であったといわれている。^⑤ ライヒ裁判所(RG)の全負担量に婚姻事件が占める割合は恒常的に増加しており、一九一三年から一九三三年の間に、二倍となった。そこで、立法者は、一九二四年一月一五日の「ライヒ裁判所の負担軽減のための命令」^⑥を制

定し、婚姻事件において許可上告制を初めて採用した。負担軽減令一款は、次のように規定している。

第一款

民事訴訟における上告は一九二五年二月三日まで以下の規定に従い制限される。

第一条 略

第二条 離婚、婚姻の取消または婚姻上の共同生活を求めることが対象である訴訟における高等裁判所の判決に対する上告は、上告が許されることが判決において宣告されている場合にのみ、提起できる。高等裁判所は、判決がライヒ裁判所の裁判と抵触している場合、もしくはライヒ裁判所の裁判が発令されていない場合には他の高等裁判所の裁判と抵触する場合、または原則的重要性を有する法律問題の解明が上告の許可により見込まれる場合に、上告を許可しなければならない。

この負担軽減令は二年間の時限立法であつたため、学説や判例に対する影響は非常に少なかったといわれている。⁽⁷⁾ もっとも、この期間中の婚姻事件に関するライヒ裁判所の負担は相当軽減されている（一九二四年「二四八件」→一九二五年「四一件」）。⁽⁸⁾

その後、一九三二年六月一日の「司法および行政の領域における処置に関するライヒ大統領の命令」⁽⁹⁾により、再び婚姻事件について許可上告制が採用された。ただし、許可の要件として、ライヒ裁判所の裁判との抵触と原則的重要性が規定されており、他の高等裁判所の裁判との抵触は許可の要件とはされなかった（同命令第一部第二章第一款二項）。

(2) 平等原則について

クヒンケは、非財産権上の訴訟における上告を原則的に排除し、財産権上の訴訟における上告を原則上許容することは、GG三条一項の平等原則に違反していると批判している。

クヒンケは、次のように主張している。裁判の相違主義 (Differenzialität) または裁判の抵触主義 (Divergenz)、一定の不服金額、上告可能な規範領域の制限、そして裁判所による許可などは、上訴の許容性に関する主要な要件であり、観点である。これらの要件は、技術・組織的要素と結びついており、ひいては財政上の利益を考慮するものである。上級連邦裁判所の使命の達成が不十分であったり、一方の使命がより有利に配慮される程、これらの要件が上告制度に影響を及ぼすべきではない。組織はその使命に従い整序されるべきであり、逆に使命が組織上の所与や必要性によって整序されるべきではない。上告の許容性や適法性との関連で生ずる問題が主に負担軽減の観点のもとに判断されることは、このような原則に対応していないとする¹⁰⁾。

つづいて、上告許容性に関して、財産権上の訴訟と非財産権上の訴訟を区別することについて次のように述べている。従前の法状況によれば、財産権上の訴訟ならびに非財産権上の訴訟において、上告は原則として許容されていたが、ZPO五四七条一項などの場合を除き、今日ではもはやそうではなくなり、財産権上の訴訟と非財産権上の訴訟を区別する実質的理由が存在するか否かの問題が現れてきた。従前は単に価格を確定しうる訴訟を、その本質に対応している選抜基準に服させるために、区別が行われていた。今日、その区別は特定のグループの訴訟を原則的に上告から排除するために行われている。このような排除は当該法領域の特性に基づくものではなく、単に価格を確定することができないという事実に基づいている。そのような選抜原理は事柄に即したものとみなされえない。平等思考は制度の機能に従って方向づけられるべきであり、組織上の個々の問題によって方向づけられるべきではない。特定のグループを異別に扱うためには、そのグループの特性や意義についての評価が異なることが前提となるとする。そして、そのようなも

のとして、一九六一年八月一日の家族法改正法⁽¹⁾により、他方の配偶者による異議が問題となっているE h e 四八条に基づく訴えが無制限に上告を認められていたこと、一九六四年一月二七日の「民事裁判権における価格の境界および訴訟費用規定の変更に関する法律」⁽¹²⁾の施行以前、訴訟対象額にかわりなく地方裁判所の専属管轄とされていた請求に関する訴訟が無制限の上告を認められていたこと、旧S G G 一二条一項三号により、労働災害などと健康被害もしくは死亡との因果関係の判断に関して上告がなされる場合、無制限に上告が認められていたこと⁽¹³⁾、Z P O 五四五条二項により、仮差押えまたは仮処分命令、変更もしくは取消に関する判決について上告が禁止されていたことが、挙げられている。これらの場合には、上告を無制限に認めたり、あるいは上告を禁止したりする実質的理由が認められるが、非財産権上の訴訟において上告を原則的に禁止する実質的かつ説得力ある理由はみられないとする⁽¹⁴⁾。

上告許容性の問題を検討する際に、主に負担軽減を考慮することは適切でないとする点については、負担軽減により、法の統一の維持・法の形成という上告目的を達成しうるようにすることが意図されている場合（法の統一の維持・法の形成のための上告制限）もあるし、一部の訴訟について当事者の権利保護という上告目的を十分に達成させるため、一部の訴訟の上告を制限する場合（当事者の権利保護のための上告制限）もあるのであるから、上告許容性の問題において負担軽減を考慮することは、必ずしも適切でないとはいえない。確かに、後者の場合には、負担軽減のほか、司法予算の増額による司法の拡充も、当事者の権利保護という上告目的の達成に役立つ方策である。ただし、司法予算の増額に限界があることは言をまたないのであるから、このような意味で、組織上の所与や必要性が権利保護の上告目的を制限すること、正確にいえば、一部の訴訟における権利保護を十全に達成するために一部の訴訟における権利保護が放棄されることは、否定しえない。したがって、上告組織はその使命（法の統一の維持・法の形成）によって整序される場合、すなわち上告を制限される場合もあり、逆に上告組織の所与・必要性（予算額等）によって上告の目的（当事者の権利保護）が整序されることもある。すなわち、上告許容性の問題を検討する場合、上告目的の達成と上告組織の所与・

必要性とのバランスを考慮する必要があるというべきであらう。

もっとも、クヒンケのいう「主に負担軽減を考慮すること」の意味が、負担軽減措置により上告目的の達成が挫折させられることであるとき―彼は、「上級連邦裁判所の使命の達成が不十分であったり」と述べている―、そのような措置は通常の場合妥当でないといえよう。しかし、現実の司法政策においてかかる措置は、戦時中など特殊な状況で現出するものと考えられ（その限りでは、いたしかたないといえる）、通常の場合、上告目的と司法予算とのバランスを考慮しながら、負担軽減の方策が採用されているものと思われる。したがって、上告許容性の問題において負担軽減が主に考慮されるということは、その際上告目的が無視されているのではなく、上告目的と司法予算のバランスを考えるとき、負担軽減がもっとも妥当な方策であるので、主に検討の対象とされるということであらう。

クヒンケは、上告審は明らかな法令違背の場合上告許可を無視する一方、上告不許可が裁量上の過誤または法令違背に基づいている場合でさえも上告不許可を常に顧慮しているので、上告審自身が負担軽減思考に多すぎる余地を与えていると批判している。^⑬この点について、現行ZPO五四六条一項三号により、高等裁判所の上告許可の裁判に上告審は拘束されることが規定されているので、上告審の消極性はその限りでは防止されることになった。ただし、六〇〇〇DMを越える財産権上の請求に関する訴訟については、上告審の受理に係っているので、原則的重要性に基づく受理上告に関しては、クヒンケの批判が妥当する場合もあるかと思われる。もっとも、「原則的重要性」という不確定概念が選抜基準として用いられる限り、上告審の消極性は生じうるので、この問題は上告審の実務運用の姿勢が大いに作用している。「原則的重要性」以外の、より妥当な選抜基準が設定されない限り、上告審の積極的な実務運用を提言していくほか方法はないように思われる。

次に、非財産権上の訴訟において上告を原則的に禁止する実質的理由は存在しないという批判をみていきたい。

クヒンケによれば、財産権上の訴訟においては、金額による上告制限はその本質に対応する選抜基準が用いられてお

り、原則的重要性等に基づく許可による上告制限は非財産権上の訴訟の本質に対応していないとする。しかしながら、このような主張は疑問なしとしない。連邦憲法裁判所が述べているように、財産権上の訴訟において金額が本質的基準であるのと同様に、非財産権上の訴訟において原則的重要性等にかかる訴訟の性質に適った選拔基準である。確かに、価格による確定可能性は財産権上の訴訟に特有な性質であり、他方原則的重要性等は非財産権上の訴訟に特有なものではなく、全ての種類の訴訟に対応するものである。ただし、非財産権上の訴訟においても上告制限の必要性が存在する場合に、この種の訴訟においては正しく価格による確定が不可能であるため、選拔基準として原則的重要性等を採用することは、非財産権上の訴訟に対応しているといえる。ただし、この基準は全ての種類の訴訟に対応しているものであるからである。すなわち、非財産権上の訴訟においては価格による確定ができないということが、財産権上の訴訟の場合と逆の形で、その本質となっているため、そのことから一般的選拔基準たる原則的重要性等が採用されることになるのである。⁽¹⁶⁾

クヒンケ自身も、立法者は自由に許容性の要件を定めることができるのであり、したがって上告を許可に係らしめることが可能であることは認めている。⁽¹⁷⁾ 彼は、非財産権上の訴訟だけに許可上告制が採用されることを、憲法上の平等原則の観点から批判しているわけである。確かに、同一の事実関係について異なる要件を設定することは、立法者にも許されていないといえるが、財産権上の訴訟と非財産権上の訴訟とは、右に述べたように、価格による確定可能性の点において差異が存在するので、異なる要件に服せしめることは平等原則に違反するものではないと解する。

クヒンケは、財産権上の訴訟において金額による上告制限はその本質に基づくものであり、憲法違反ではないとするが、既にその点において両種の訴訟の差異を認めていることになる。そして、このような差異に基づいて、一定額以下の財産権上の訴訟について許可上告が採用されることやあるいは上告が禁止されることは、仮に非財産権上の訴訟において無制限の上告が認められるとすると、これに対して、不平等であり、憲法違反ということになる。なぜなら、一

定額以下の財産権上の訴訟が非財産権上の全ての訴訟に比べ重要性が少ないとはいえないのであるから、そのような財産権上の訴訟だけが上告制限に服する理由は存在しないからである。財産権上の訴訟においては価格による確定が可能であるから、上告制限が行われ、非財産権上の訴訟においては価格による確定が不可能であるから、上告が無制限に認められるということは、説得力を欠くものといえよう。上告制限が必要である場合、兩種の訴訟においてそれぞれにとって適切な選拔基準によって上告制限が行われるべきである。⁽¹⁸⁾

(3) 法律上の裁判官について

次に、上告許可の裁判の権限が高等裁判所に委ねられることは、法律上の裁判官の規定に違反しているかをみていきたい。

連邦通常裁判所の判例(②③)によれば、許可の裁判は上告が許されるか否かを判断するものであり、控訴審判決が正当であるか否かを判断するものではないとされている。これに対して、クヒンケは、法律問題または訴訟事件が原則的意義を有しているか否かを裁判する際、既に上告目的および使命に関する全ての考慮されるべき観点が評価されねばならない。そして、これらの観点の中には、全ての手続法が法令違背を上告理由として定めることによって例外なく考慮している権利保護原則(Rechtswahrungsprinzip)が含まれているとする。特に、手続上告は訴訟上の行為規範に対する違反を是正することを第一の目的としているので、この権利保護原則が考慮されることは明らかである。したがって、不服申立の許可または不許可に判決もしくは行為の正当性を基準とする判断が含まれる限り、連邦通常裁判所の理由付けは適切でないと主張している。⁽¹⁹⁾

もっとも、クヒンケは、ZPO五四六条は当事者のために法律上詳細に要件が定められた上告許可を求める権利を認めていないので、このような規律のための一般的に明白な根拠が認識されうる場合、憲法違反は否定されるべきである

うとしている。そして、ZPO五四六条は非財産権上の訴訟について上告を原則上禁止しており、上告の権利は裁判所の許可に係っていること、この規定は権利創設的であること、したがって、上告の全体的規律が法政策上誤りであると考えられるときであっても、現在の許可上告法の明白な根拠が認識されうると解している。⁽²⁰⁾

まず、手続上告の目的について考える必要がある。手続上告の第一の目的が訴訟上の行為規範に対する違反を是正することであるとする見解は、ドイツの多数説である。⁽²¹⁾ この見解は、手続上告においては、法の統一や法の形成に役立つ上告が非常に少ないことを、手続上告の特殊な目的を正当化する根拠としている。クヒンケが引用しているヘンケルの見解によれば、事実審における手続法規は判断基準として適用されるのではなく、行為規範として適用されるので、事実審に対する手続のコントロールは欠くことができないものである。事実審における手続違背の虞は実体法の適用の過誤よりもはるかに大きいので、手続上告の特別の目的は独自の適法要件を要求すると主張されている。⁽²²⁾

このような見解に対しては、既に検討を試みたことがある。⁽²³⁾ 手続違背においても、困難な問題が増加しており、手続法に関する疑問も手続上告と実体的上告の基本的区別を正当化するほど稀ではないこと、仮に、原則的重要性を有する手続違背が極めて少ないとしても、上告の上位の目的を法の統一・形成であると解するとき、上告審の監督的機能、ひいては個々の事件の正しい解決が上告審において重視されないことは、上位の上告目的を貫徹させるために甘受しなければならないこと、および原則的重要性を有しない実体法違背が上告審によって重視されないことと、そのような手続違背が重視されないこととは、パラレルであるべきことから、手続上告の目的を事実審に対する監督的機能とすることには、賛成できない。むしろ、重大な手続違背に対する救済は再審手続において行われるべきであると解する。

右のように解するとき、上告の許可・不許可の審理の中に控訴審の判決または行為の正当性は、手続上告においても考慮されるべきではない。また、クヒンケは、権利保護原則すなわち、個々の事件の正しい解決は上告の許可・不許可を裁判する際に一般的に、すなわち手続上告だけではなく、実体的上告においても考慮されるべきであるとしているが、

実体的上告においてもかかる観点は考慮されるべきではない。確かに、個々の事件の正しい解決も上告目的の一つではあるが、この目的は許可上告制が採用される際に、許可の裁判で考慮されるべきではないとするのが立法者の意図であることは、言うまでもないからである。⁽²⁴⁾

上告許可・不許可の判断に際し、控訴審の判決の正当性は考慮されるべきではないが、控訴審判決のための基準となつた法的考慮が上告許可の裁判の基礎として利用されることは、連邦通常裁判所の決定②が指摘している。

上告許可の裁判を高等裁判所が行うことに対して批判的な見解は、高等裁判所が自己の裁判の事後審査を避けるために上告を認めないという危険を考慮しているものと思われる。この点について、ヴァイロイターは、そのようなことは実証されていないし、経験上も存在していないと述べている。⁽²⁵⁾ また、ブリュッティングも、従来かかる危険について証明されていないし、かかる見解は単に論争好きな (polemisch) として論証する価値のないものであると批判している。⁽²⁶⁾ しかしながら、このような指摘は適切ではない。クレマーによれば、一九二四年に導入された婚姻事件における許可上告の実務ではほとんど上告許可の裁判がなされなかったこと、他方ライヒ労働法六四条および七二条による上告許可はわけがわからないほど多数の裁判がなされたことが指摘されている。⁽²⁷⁾ したがって、現在のドイツ民事訴訟および他の裁判系列の裁判所においては、許可の裁判をすることに躊躇する控訴審の裁判官は存在しない、あるいは非常に少ないといえるにとどまるというべきである。

控訴審の裁判官が上告許可の裁判を躊躇することによって、許可上告制の目的である法の統一・形成の達成が十分行われなないことを防止するためには、上告審への上告不許抗告を認めるべきであると解する。確かに、かかる抗告を採用することにより、上告審はその負担を増加させることになるが、許可上告制の機能を十全に働かせるために、このような負担増加は甘受されるべきであらう。⁽²⁸⁾

(4) 法律上の審問請求権について

連邦通常裁判所の決定②は、ZPO五四六条の規定が法律上の審問請求権を侵害していないことの理由として、「裁判所は訴訟関係人に、控訴審の口頭弁論において——できれば用意周到に、しかし自発的に——上告許可の問題に対して意見を表明することを委ねている」ことを挙げており、同裁判所の決定の③は、「当事者は書面または口頭により上告許可を提案する可能性を有している」ことを、挙げている。

クヒンケによれば、許可の裁判は本案に関する審議が終結していることを前提としており、本案の裁判の後になってはじめて許可要件の評価が可能となる。それ故、本案の裁判によってはじめて許可の裁判のための基礎が固められるのであるが、GG一〇三条一項は、関係人に裁判の基礎に対して意見を述べる可能性が与えられることを要求している。にもかかわらず、立法者は、許可は判決において宣言されることを規定し(ZPO五四六条一項)、当事者から適切な方法で許可の問題について審問を受ける機会を強制的に奪っているとする。ただし、実質的理由が存在する場合は、審問権を保障がなくても裁判上の処置を行うことが認められており、ZPO五四六条が非財産権上の訴訟における上告を禁止していること、したがって当事者は許可を求める権利を有していないことが、この実質的理由となるとしている。すなわち、上告不許可は訴訟当事者の法的地位を侵害していないと解している。⁽²⁹⁾

ZPO五四六条は当事者に許可を求める権利を認めておらず、法律上の審問請求権も侵害されていないと、ドイツ法では解すべきであろう。もっとも、法政策上もそれが妥当であるかは別問題である。わが国の改正要綱試案のように、当事者の申立権を認める制度の⁽³⁰⁾ほうが、審問請求権もしくは裁判を受ける権利の観点からは、妥当な立法であると思われる。

(5) 高等裁判所が訴訟の性質を誤った場合の取扱

高等裁判所が、非財産権上の訴訟を、誤って財産権上の訴訟と考え、そして六〇〇〇〇DMを越える不服額が存在するとして、上告を許可しなかった場合に、連邦通常裁判所が当該訴訟を非財産権上の訴訟と解するとき、許可が存在しないにもかかわらず、上告はZPO五四六条の要件が存在する場合適法であると解されている。⁽³¹⁾ 連邦通常裁判所の一九八四年一月二四日決定は、夫婦共同制にあった夫の生命保険金の受取資格を相続人たる妻と第三者とが争った事案で、高等裁判所の誤りにより訴訟当事者が上告資格の審査を受けられなくなることは信頼の原則に反するとして、ZPO五四b条の制限的適用、すなわち、訴訟事件の原則的重要性と判例抵触だけを上告審が審査すべきであると、判示している。⁽³²⁾

これに対して、高等裁判所が、非財産権上の訴訟を、誤って財産権上の訴訟と考え、不服額が六〇〇〇〇DMを越えていないとし、かつ上告を許可しなかった場合について、連邦通常裁判所の一九八四年四月三日決定は、上告審は控訴審に代わって上告許可性を審査すべきでないとし、判示している。⁽³³⁾ その理由として、控訴審判決が許可の問題に取り組んでいることが明白でない場合に、控訴審は上告許可に関する裁判の権限を行使していないとの主張をもって、上告審に常に申立がなされうるとすると、上告制限の目的は十分達成されなくなるとし、そして、具体的場合に控訴審の誤った判断によって訴訟当事者の審級が短縮されることがあっても、それは上告審の負担軽減のために、甘受されねばならないとしている。

高等裁判所の誤った判断のために訴訟当事者が上告資格の審査を剥奪されることは、憲法上許されない。したがって、上告審の負担軽減のために訴訟当事者の審級が、高等裁判所の誤った判断によって、短縮されることも許されるところの理由づけは、妥当でないことはいうまでもない。むしろ、問題は、高等裁判所が非財産権上の訴訟を誤って財産権上の訴訟と解し、かつ不服額を六〇〇〇〇DMを越えないものとする場合、上告許可性の要件、すなわち当該訴訟事件の原則

的重要性や判例抵触の判断は行われていたといえるか否か、という点にある。不服額が六〇〇〇〇DMを越えない財産権上の訴訟であると高等裁判所は解したわけであるから、高等裁判所は当該事件の原則的重要性等を職権で審査したはずである。上記の連邦通常裁判所決定は、「控訴審判決が許可の問題に取り組んでいることが明白でない場合」として、上告許可の裁判は高等裁判所が職権で行うべきものであり、また上告不許の理由を付する義務は存在しないと解されているのであるから、理由が付されていない場合であっても、上告許可の審査は行われたというべきである。¹⁴⁾なお、訴訟の性質を間違えたことが上告許可の審査を不適法なものとするか否かの問題は残るが、訴訟の性質を間違えたとしても、上告許可の審査は行われているのであり、訴訟の性質は上告許可の問題に影響を及ぼすことはないと考えられ、したがって、上告審は上告許可の審査をあらためて行うべきではないと解する。

右の場合と同様に、高等裁判所が、非財産権上の訴訟を、誤って財産権上の訴訟と考え、不服額が六〇〇〇〇DMを越えていないとし、かつ上告を許可しなかった場合に、不服額を上げるべき申立により、上告不許を争うことも、連邦通常裁判所一九九一年四月一八日決定により否定されている。¹⁵⁾その理由として、訴訟の対象は非財産権上の訴訟であるから不服額の増額は考慮されないこと、既に控訴審によって上告許可の問題は審査されていることが、指摘されている。これに対して、ヤウアニヒは、財産権上の訴訟においては不服額が六〇〇〇〇DM以下とされる場合、控訴審によって上告資格が審査され、かつ上告が許可されないとき、不服額の確定を争うことが許されるのであるから、既に控訴審によって上告資格が審査されているとの理由は、説得力を欠くとし、訴訟の性質に関する控訴審の誤りを当事者の負担とすべきではなく、誤った性格付けの観点に立つて考慮し、不服額の増額を認めるべきであるとする。¹⁶⁾しかし、財産権上の訴訟において不服額の確定を争うことが許されるのは、六〇〇〇〇DMを越える財産権上の訴訟については許可なくして上告が認められることから、不服額の確定は当事者にとって非常に重要な問題であることによると考えられるが、非財産権上の訴訟においては本来控訴審の上告許可のある場合に限って上告が許されるのであるから、控訴審が非財産

権上の訴訟を財産権上の訴訟と誤ったことは、控訴審の上告資格に関する審査には関係がなく、したがって控訴審の審査が存在するとき当事者は何らの不利益も被っていない。むしろ、この場合に、不服額の増額を認め、上告を許すことは、他の非財産権上の訴訟との均衡を欠くものといわねばならない。したがって、この場合においても、不服額を争って上告審による上告資格の審査を受けることはできないと解すべきである。

控訴審が、財産権上の請求と非財産権上の請求を同時に裁判する場合において、不服額を分けずに確定した場合は、上告審は上告の適法性の審理に際し、財産権上の請求に関する部分の不服額を裁量により確定しなければならぬ⁽³⁷⁾。

注(5) Prütting, Die Zulassung der Revision, 1977, S. 30.

(6) Verordnung zur Entlastung des Reichsgerichts vom 1. Januar 1924 (RGBl. I S. 29).

当時の司法大臣であるエミンガーによれば、草案作成に関与したRGの全体会議は、①婚姻事件の増加がRGの負担過重の主要な原因であること、②婚姻法の領域では、全ての法律問題がごとく説明されており、法の統一のためにRGが関与する必要性は単に例外的場合にだけ存在するのを理由としていた (Reichstag, Sitzung vom 27. Februar 1924, JW1924, 391)°。

(7) Prütting, aaO., S. 30.

(8) Kraemer, Das Gesetz zur Entlastung des Reichsgerichts in der Praxis, ZZP53 (1928), S. 128.

(9) Verordnung des Reichspräsidenten über Maßnahmen auf dem

非財産権上の訴訟における許可上告

Jahr	Revisionen und Berufungen ^{*)} in Zivilsachen	darunter Ehesachen
1904	4142	—
1906	3743	—
1909	4595	—
1911	3531	—
1923	5748	—
1924	3349	248
1925	3507	41
1926	3353	528
1927	3918	671

*) Patentnichtigkeitssachen.
(ZZP 53, 128)

Gebiete der Rechtspflege und Verwaltung vom 14. 6. 1932 (RGBl. I S. 285).

(10) Kuchinke, Anmerkung zu BGH (Urt. v. 11. 11. 1965), ZZP80 (1967), S. 127.

(11) Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. 8. 1961 (BGBl. I S. 1221).

(12) Gesetz zur Änderung von Wertgrenzen und Kostenvorschriften in der Zivilgerichtsbarkeit vom 27. 11. 1964 (BGBl. I S. 933).

(13) Gesetz zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes vom 30. 7. 1974 により、因果関係を理由とする無制限の上告は廃止された。

(14) Kuchinke, aao, ZZP80, S. 128f.

(15) Kuchinke, aao, ZZP80, S. 127.

(16) 他の基準を用いること、例えば婚姻事件の中、他の配偶者の異議が問題となっている訴訟についてだけ、無制限の上告を認めることを、採用することも可能であることは当然である。

(17) Kuchinke, aao, ZZP80, S. 128.

(18) ただし、私見は、財産権上の訴訟においても、原則的意義等の選拔基準を用いる高等裁判所による許可上告制が最も妥当であると考えている(拙稿「ドイツにおける上告制限」愛大二三八号(平七)一八一以下参照)。Schack, Die nichtvermögensrechtliche Streitigkeit, MDR 1984, S. 458 は、一定金額を越えているということは憲法上の観点からも、また法の形成の観点からも上告の価値を与えるものではないとし、許可上告と受理上告の併存に反対している。

(19) Kuchinke, aao, ZZP80, S. 130.

(20) Kuchinke, aao, ZZP80, S. 131.

(21) Vgl. Henkel, Sanktionen bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, ZZP77 (1964), S. 357 und Nachweise in Anm. 104.

(22) Henkel, aao, ZZP77, S. 357.

(23) 拙稿・前掲愛大二三八号一九七頁以下。

(24) 一九七五年七月八日の民事上告法改正法律の政府草案について、拙稿・前掲愛大二三八号一八三頁以下参照。

- (25) Weyreuther, Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte, 1971, S. 10.
- (26) Prütting, aaO, S. 78f.
- (27) Kraemer, Berufung und Revision im Entwurf einer Zivilprozessordnung von 1931, Z郑57 (1933), S. 409.
- (28) 拙稿・前掲愛大二三八号一九二頁参照。
- (29) Kuchinke, aaO, Z郑80, S. 131f.
- (30) 「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」第十三上訴・四最高裁判所に対する上訴制度における甲案は、当事者の申立により、控訴審である高等裁判所が上告を許可するものとしている。
- (31) 逆に、高等裁判所が、家庭事件であると確定した場合、上告審としての連邦通常裁判所は、Z P O五四九条二項により、家庭事件であるかを審査できない(Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., 1993, S. 1009)。
- (32) BGH, Beschl. v. 24. I. 1984—IX ZR 86/82, BGHZ90, 1 = NJW1984, 1188 = Z郑97, 481 (控訴審判決はBGHの裁判と抵触するとして、上告受理を拒絶しなかった)。なお、この決定を批評したヴァルターは、この場合、控訴審に事件を差し戻し、控訴審に上告資格を判断させるべきであるとする。特に、理由として、控訴審による判断はBGHを拘束するが、Z P O五四九条の場合、BGH自身が判断しうることをあげる(Walter, Z郑97, 483)。BGH, Beschl. v. 13. 5. 1986—IV ZR96/85, BGHZ98, 41 = NJW1986, 3143 は、出版社と編集長に対し名誉を侵害する主張をしないことを求めた訴訟において、控訴審が不当に財産権上の訴訟と解し、かつ不服額を一二〇〇〇DMと確定した事案について、上告の許容性は認めたが、判例抵触および原則的重要性を否定し、上告の受理を拒絶した。なお、BVerfG, Beschl. des Ersten Senats v. 4. 4. 1984-1 BvR 276/83, BVerfGE66, 331 = NJW1984, 2346 も、高等裁判所の誤った判断により、訴訟当事者が上告の許容性に関する審査を受けられないことは、G G 一〇三条一項(平等原則)と合致しないと、している。Jauernig, Zivilprozessrecht, 24. Aufl., 1993, S. 271 は、このような取扱いは連邦通常裁判所は高等裁判所の代わりをさせられるべきではないとの判例に反するとして、むしろ上告は高等裁判所が許可したものと見做すべきであるとする。彼は、最惠待遇原則によってこれを根拠づけよう。
- (33) BGH, Beschl. v. 3. 4. 1984—VI ZR 80/83, NJW1985, 978. 新聞による自己の名前と写真の公表の差し止めを求めた事案

非財産権上の訴訟における許可上告

である。

- (34) 上の決定を批判する Sieveking, Zum Begriff der nichtvermögensrechtlichen Streitigkeit i. S. des §546 I ZPO, NJW 1985, 2629f. は、「上告審が控訴審による審査のないことを誤りであると解し、かつ自己の審査を不適法とする場合」に平等原則等に違反し、法に服する市民を説得できないとしている。しかし、控訴審の審査がないとはいえない。

- (35) BGH, Beschl. v. 18. 4. 1991 — IZR 39/91, NJW-RR1991, 1215. 著作人格権の侵害に基づく絵画の展示場所を変更しないことを求めた事案である。ところで、注(33)の連邦通常裁判所(第六部)一九八四年四月三日の決定は控訴審が不服額を四〇〇〇DM以下とした場合、上告審は控訴審に代わって上告許可性を審査すべきではない判示したが、同じ第六部による注(32)の一九八六年五月一二日の決定は、一九八四年四月四日の連邦憲法裁判所の決定を踏まえ、その見解はもはや維持されないとしている(しかし、事案は、控訴審が不服額を二二〇〇〇DMと確定し、上告資格について判断していないものである)。そして、第一部は不服額の増額を求めることを否定している。両部において矛盾が生じている。重要なことは、控訴審が不服額を四〇〇〇DMを越えないとして上告資格の審査を行ったか、あるいは不服額を四〇〇〇DMを越えるものとして上告資格の審査を行わなかったかという点であり、第六部が従前の自己の見解を放棄したことは、不当であるといえよう。

- (36) Jauernig, aO., S. 271.

- (37) BGH, Beschl. v. 6. 11. 1990 — IV ZR117/90, NJW1991, 847. は、名誉侵害に基づく公表の差し止めと撤回および精神損害に対する賠償を求める事案において、控訴審が三つの請求を合わせた不服額を一〇〇〇〇DMと確定したのに対し、財産権上の請求である損害賠償請求の不服額を二〇〇〇DMと確定し、上告を不適法であるとした。

《追記》

本研究に対して、愛知大学研究助成から援助を受けた。